El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 14 de diciembre de 2017

Proceso:                 Penal - Confirma condena

Radicación Nro. : 66001-60-00035-2013-02638-01

Procesado: GUSTAVO GARCÍA VALENCIA

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS.** [C]onsidera la Colegiatura que el Juez *A quo* no incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el apelante, y que contrario a los reclamos de la Defensa, el acervo probatorio habido en el proceso si cumplía enteramente a cabalidad con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado GUSTAVO GARCÍA VALENCIA, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado por acta # 1385 del 13 de diciembre de 2017. H: 2:50 p.m.

Pereira, catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 08:41 a.m.

Procesado: GUSTAVO GARCÍA VALENCIA

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años

Radicación # 66001-60-00035-2013-02638-01

Procede: Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida en las calendas del seis (6) de octubre del 2.014 por parte del Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **GUSTAVO GARCÍA VALENCIA**, por incurrir en la presunta comisión del reato de actos sexuales con menor de 14 años.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura acaecieron en el barrio *“El Porvenir”* del corregimiento de *Puerto Caldas,* jurisdicción del municipio de Pereira, a eso de las 10:30 horas del 4 de junio del 2.013, y están relacionados con unos abusos sexuales al que fue sometido el menor *“B.A.R.A”,* de 9 años de edad para ese entonces, por parte del ahora Procesado GUSTAVO GARCÍA VALENCIA, de 59 años de edad.

Según se desprende del libelo acusatorio, el acriminado GUSTAVO GARCÍA VALENCIA fungía como tendero en una tienda ubicada en la Cr. 2 # 11-88, hacia la cual ingresó el menor *“B.A.R.A”*, al parecer para llevar a cabo unas actividades lúdicas en un juego de sapos que se encontraba en el andén del aludido establecimiento de comercio. A dicho menor el Sr. GUSTAVO GARCÍA VALENCIA le ofreció unos mecatos a cambio de que se dejara manosear en sus partes pudendas. Como quiera que el infante se dejó convencer por el sátiro al acceder a la propuesta, dicho fulano procedió a sujetarlo de las manos para conducirlo hacia el interior de la tienda en donde le quitó la pantaloneta y los interiores, para luego manosearlo por distintas partes del cuerpo y acariciarle los genitales con su asta viril.

De igual forma, en la acusación se afirma que GUSTAVO GARCÍA también llevó al menor hacia un baño, en donde pretendió forzar al niño para que le practicara una felación, pero que, ante los llamados de la madre del infante y el rechazo del menor, no pudo lograr su propósito libidinoso.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 5 de junio del 2.013, ante el Juzgado 4º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las que además de legalizarse la captura del entonces indiciado GUSTAVO GARCÍA VALENCIA, también se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales con menor de 14 años. En dichas vistas públicas al Procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación data del 23 de junio del 2.013, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual el 27 de septiembre de esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía le enrostró cargos a GUSTAVO GARCÍA VALENCIA como presunto autor del reato de actos sexuales con menor de 14 años, tipificado en el artículo 209 C.P.
3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo los días 6 de noviembre del 2.013 y el 17 de enero del 2.014, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró en sesiones efectuadas el 14 de julio y el 6 de octubre del 2.014. Una vez agotadas las fases probatoria y de alegaciones se emitió el sentido del fallo el que resultó ser de carácter condenatorio. Ese mismo 6 de octubre del 2.014, se dictó la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa, quien sustentó oralmente el recurso de apelación.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del 6 de octubre del 2.014 por parte del Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado GUSTAVO GARCÍA VALENCIA, por incurrir en la comisión del reato de actos sexuales con menor de 14 años.

Como consecuencia de la aludida declaratoria de responsabilidad criminal, el Procesado GUSTAVO GARCÍA VALENCIA fue condenado a purgar una pena de 9 años y 6 meses de prisión. De igual forma en dicho fallo al procesado de marras se le negó el disfrute de subrogados y sustitutos penales, por no cumplirse con los requisitos legales para la concesión de los mismos.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgador de primer nivel para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado GUSTAVO GARCÍA VALENCIA, se fundamentaron en concederle total y absoluto grado de credibilidad al testimonio rendido por el menor agraviado “B.A.R.A”. así como a lo declarado por su madre, MARTHA CECILIA ARIAS, con los cuales se demostró el compromiso penal endilgado en contra del Procesado, quien tomó al menor para ingresarlo hacia la parte trasera de la tienda en donde lo desnudó y le sobó el cuerpo con su asta viril.

Adujo al *A quo* que al testimonio de la víctima se le debía conceder credibilidad, debido a que su relato no era contradictorio ni mendaz, e igualmente porque el mismo fue considerado como lógico y coherente por parte del perito psicólogo que lo atendió.

De igual forma, el Juez de primer nivel expuso que a pesar de ser un hecho cierto el relacionado con la intachabilidad de la conducta del Procesado, tal situación *per se* no desvirtuaba la ocurrencia del ilícito; ni tampoco minaba la credibilidad del testimonio del ofendido el hecho consistente en que el Procesado no presentará un lunar en sus genitales, lo que en opinión del *A quo* se debió a que el menor no precisó el lugar del cuerpo en donde vio esos lunares, aunado a que los mismos podrían tratarse de una lesión temporal.

**LA APELACIÓN:**

La tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada se fundamentó en manifestar que no compartía el contenido de la sentencia y en consecuencia discrepaba de la misma, debido a que con las pruebas aducidas en el proceso, no era posible llegar a ese grado de conocimiento y de convencimiento exigido por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena, y que por el contrario de ese acervo probatorio lo único que afloraban eran dudas.

Para acreditar la tesis de su inconformidad, el apelante expuso lo siguiente:

* Al testimonio de la víctima no se le debía creer, por la insuficiencia y parquedad de sus declaraciones, debido a que el niño no sabía de la fecha su nacimiento ni en donde estudiaba, aunado a que en el proceso no existía prueba alguna que ratificara sus dichos, lo que ni siquiera se consiguió con el testimonio de su madre, quien lo único que declaró es haber visto al menor salir de la tienda, lo que no demostraba nada en contra del Procesado.

De igual forma, adujo que el menor siempre se refirió al abusador como *“El Costeño”*, y que por parte de la Fiscalía no se demostró que el Procesado respondiera por ese remoquete.

* En el fallo no se tuvo en cuenta las contradicciones en las que incurrió el menor, entre ellas: a) Inicialmente expuso que con anterioridad no había ingresado a la tienda, pero después adujo que en otras ocasiones si había ido a ese sitio a comprar comestibles; b) Todo lo dicho respecto de las prendas con las cuales iba vestido el Procesado; c) El haber afirmado que ese día estuvo en la escuela.
* Es improbable que los hechos hayan podido ocurrir de la manera como lo declaró el menor, debido a que no tenía en su favor el factor tiempo, si se tenía en cuenta el testimonio de la madre, cuando adujo que Ella estaba en un inmueble cercano haciendo una llamada, la que no duró más de 4 a 5 minutos, y que nunca perdió de vista a su hijo, pero cuando dejó de verlo ahí mismo fue a la tienda, lo que en sentir del apelante, que ser enseguida, haciendo, de esa forma, improbable que en un lapso tan paupérrimo fuera posible que el Procesado le hiciera a la víctima todas esas cosas que dice que le hicieron.
* No se apreció en debida forma las pruebas periciales habidas en el proceso, las que indicaban que el niño no presentaba problemas sicológicos alguno, lo cual era indicativo que los hechos no pudieron haber ocurrido debido a que esa clase de delito dejan secuelas de ese tipo en los niños que han sido víctimas de esos reatos.
* No se tuvieron en cuenta las pruebas de laboratorio forense que demostraban que en la humanidad de la víctima no se encontraron residuos de espermatozoides o de semen, las que a su vez desvirtuaban los dichos de la víctima, porque de ser cierto que el Procesado le acarició y le frotó en el cuerpo su asta viril, y si ello fuera cierto, lo más probable era que hubiesen hallado evidencias de esos fluidos, lo cual no aconteció.
* En el proceso estaba demostrado que el Procesado por su comportamiento no pudo haber hecho lo que dicen que hizo, por tratarse de un ciudadano de intachable conducta que no tiene antecedentes penales y que por su condición de tendero siempre ha estado en contacto con los menores de los colegios circunvecinos sin que existiera en su contra quejas o reclamos por abusos en contra de niños.

Con base en lo anterior, el recurrente solicitó la revocatoria del fallo opugnado y la consecuencia absolución del Procesado de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

**LAS RÉPLICAS:**

Durante el término del traslado para fungir como no recurrentes, tanto la Fiscal Delegada como la apoderada de las victimas presentaron sus correspondientes alegatos en tal sentido, en los cuales clamaban por la confirmación del fallo opugnado al rechazar las tesis de la discrepancia propuestas por la apelante.

En sus alegatos de no recurrente la Fiscal Delegado adujó que el análisis probatorio llevado a cabo por el *A quo* fue ponderado y juicioso, debido a que el menor en su testimonio resultó ser claro respecto de lo ocurrido, lo que a su vez era apalancado con el testimonio de su madre, en el que se ubica al Procesado en el sitio de los hechos en compañía de la víctima.

De igual forma, la Fiscalía adujo que no le quitaba ni le ponía nada frente al escenario de la acreditación de la responsabilidad criminal endilgada en contra del Procesado lo dicho por el apelante respecto al no hallazgo de evidencias seminales en el cuerpo de la víctima, ni el buen comportamiento del procesado, o la parquedad del tiempo para que pudiera realizar tales hechos.

A su vez la apoderada de la víctima arguyó que el *A quo* apreció correctamente las pruebas, lo que a su vez lo llevó al juicio de certeza era necesario para proferir un fallo de condena, debido a que el Procesado se aprovechó de estado de debilidad del niño. Asimismo expuso que en esta clase de eventos, contrario a lo reclamado por el apelante, no es necesario que aparezcan secuelas sicológicas, y que si las mismas llegan aflorar, acorde con lo dictaminado por el perito, lo hacen es de manera tardía.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura tanto por parte del recurrente como de los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Con las pruebas aducidas al proceso por parte de la Fiscalía, se cumplían con todos los presupuestos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado GUSTAVO GARCÍA VALENCIA, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio?

**- Solución:**

La tesis de la discrepancia propuesta por la recurrente en la alzada interpuesta en contra del fallo confutado, se fundamenta en denunciar una serie de yerros en los que en su sentir el Juez de primer nivel incurrió en la apreciación del acervo probatorio, los cuales a su vez repercutieron para que en contra del Procesado GUSTAVO GARCÍA VALENCIA se profiriera injustamente un fallo de condena a pesar de las dudas razonables que afloraban de las pruebas aducidas al juicio por parte del Ente Acusador, con las cuales, en sentir del apelante, no se satisfacían con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del encausado.

Frente a lo anterior, la Sala dirá lo siguiente:

* No son de recibo los cuestionamientos efectuados por el apelante para poner en tela de juicio la credibilidad que emanaría del testimonio de la victima *“B.A.R.A”*, debido a que el menor ofendido en su testimonio hizo un relato lógico y coherente de lo acontecido con el Procesado, en el cual explicó, de manera plausible, las circunstancias de tiempo, modo y lugar: a) De cómo llegó a la tienda del acusado; b) La oferta que dicho fulano le hizo para que se dejara manosear a cambio de una bolsa de mecatos; c) El sitio en el cual el Procesado lo *manoseó* y *toqueteó*, la manera como se llevaron a cabos esos tocamientos libidinosos, los que en esencia consistieron en una serie de caricias que el Procesado le efectuó con el asta viril por distintas partes de su cuerpo; d) Lo que el acriminado también pretendía hacerle al forzarlo a que le practicara una felación, lo cual no tuvo ocurrencia como consecuencia de la intervención de la madre de la víctima, quien lo estuvo llamado.

Además, los dichos del menor en muchos de sus apartes no se encuentran huérfanos en el proceso, porque los mismos son ratificados con el contenido del álbum fotográfico tomado en el lugar de los hechos por parte de los investigadores de la Fiscalía, en los que el menor señaló los sitios en los que estuvo en compañía del ahora procesado, y con lo declarado por la Sra. MARTHA CECILIA ARIAS OLAYA, quien expuso que esa mañana, en compañía de su hijo, o sea el menor *“B.A.R.A”*, se dirigió hacia la casa de una amiga para hacer unas llamadas telefónicas a su señora madre, y que su hijo se fue a jugar a un juego de sapos que estaba en el andén de una tienda vecina, y que en el lapso en el que hacia la llamada telefónica, el que duro entre 5 a 7 minutos, perdió de vista a su hijo, por lo que fue a la tienda y la encontró a solas, razón por la que procedió a llamarlo, y ahí fue cuando desde el interior del local se apareció su hijo en compañía del tendero, de quien se dio cuenta que estaba nervioso.

Por lo tanto, de un análisis en conjunto de lo atestado por MARTHA CECILIA ARIAS y el menor *“B.A.R.A”*, en consonancia con las fotografías consignadas en el álbum fotográfico, se acredita tanto la presencia del agraviado en el sitio de los hechos en compañía del Procesado, como las razones o motivos por las cuales el menor llegó hacia ese lugar, lo que de una forma u otra apalanca la credibilidad de los dichos del infante frente a lo acontecido con el Procesado, lo cual para la Sala se tornaba plausible, porque no existe ninguna explicación que justificara la presencia del agraviado en la parte interior de la tienda[[1]](#footnote-1), ni que pudiera describir las características de dicho lugar y de los elementos habidos en el mismo.

De igual forma en el proceso no se avizoran la existencia de protervos motivos habidos por parte de la víctima o de su madre para querer involucrar al Procesado en hechos que no ha cometido, ni de que estos hayan sido productos de una invención o de una fantasía, máxime cuando los mismos fueron catalogados por el perito psicólogo, JORGE OLMEDO CARDONA, como lógicos y coherentes.

* Argumenta el apelante que el menor “B.A.R.A” incurrió en unas contradicciones que afectaban la credibilidad de sus dichos, cuando en su declaración adujo que con anterioridad no había ingresado a la tienda, pero después expuso que en otras ocasiones si había ido a ese sitio a comprar comestibles. Lo cual para la Sala no es cierto, porque en momento alguno el menor ofendido incurrió en las contradicciones denunciadas por el apelante, ya que de lo atestado tanto por el infante como por su madre se desprende que Ellos en el pasado si habían ido a esa tienda a comprar víveres y abarrotes, y que en muchas ocasiones para tales menesteres el menor había ido solo.

Además, de un análisis de lo atestado por el menor, se tiene que cuando se refería al sitio al cual dijo que no había ido, se refería es al ubicado en la trastienda, el cual correspondería a la habitación a la que fue llevado por el Procesado para poder *manosearlo.*

De igual forma, en lo que tiene que ver con las otras contradicciones e imprecisiones denunciadas por apelante sobre lo declarado por el testigo cuando expuso que ese día tuvo clases en la escuela y que no podía precisar la fecha de los hechos, tampoco pueden ser de recibo para la Sala, debido a que es una verdad procesal incuestionable que el ofendido esa mañana, a eso de las 10:30 horas, estuvo en la tienda en la cual ocurrieron los hechos, y que no fue al colegio, debido a que como bien lo dijo la Sra. MARTHA CECILIA ARIAS, ello se debió a la enfermedad de una de las profesoras.

Asimismo, las imprecisiones en las que incurrió el testigo en su relato respecto del proceso de rememoración de lo acontecido, obtienen en el proceso una explicación razonable y plausible si acudimos a lo atestado por el perito psicólogo, JORGE OLMEDO CARDONA, quien expuso que los niños no tienen en su mente la misma concepción del transcurso del tiempo que tienen los adultos, por lo que es algo normal que Ellos no sepan o no puedan ubicarse con precisión dentro de ciertos contextos cronológicos.

Finalmente, en lo que tiene que ver respecto a que en la investigación no se hizo nada para verificar si en efecto el Procesado respondía o no por el remoquete de *“El Costeño”,* tal falencia en la que eventualmente pudo haber incurrido la Fiscalía, en nada desnaturaliza ni aniquila el núcleo esencial de los dichos del menor ofendido sobre lo ocurrido cuando estuvo a solas con el Procesado en la trastienda y de lo que pasó entre ellos en ese lugar.

* Alega el recurrente que, si se tenía en cuenta lo declarado por la Sra. MARTHA CECILIA ARIAS, quien dijo que una vez que perdió de vista a su hijo, inmediatamente se dirigió en el acto a la tienda, se podía llegar a la conclusión consistente en que los hechos no pudieron haber ocurrido, porque era poco probable que en tan corto lapso el Procesado haya podido efectuar en la persona del agraviado las cosas que él dijo que le hicieron.

Para la Sala los reclamos del recurrente son infundados y productos de una acomodaticia apreciación del acervo probatorio, ya que si nos atenemos a los dichos de: a) La Sra. MARTHA CECILIA ARIAS, se tiene que Ella se demoró entre 5 a 7 minutos mientras hacia la llamada telefónica, y que una vez que se dio cuenta de la desaparición de su hijo se dirigió hacia la tienda; b) Lo adverado por el menor *“B.A.R.A”*, quien adujo que estuvo en la trastienda aproximadamente unos 10 minutos.

De tales pruebas diáfanamente se puede colegir que el sátiro si tuvo en su favor el tiempo justamente preciso para poder llevar a cabo las manobras sexuales enunciadas por el menor “B.A.R.A” en su testimonio: Quitarle la pantaloneta, acariciarlo, sobarle es asta viril por el cuerpo, y pretender forzar al menor a que le practicara una felación.

* Reprocha el apelante que en el fallo opugnado no se haya apreciado en debida forma unas pruebas científicas que infirmaban las declaraciones del agraviado, en virtud de las cuales se demostraba que: a) En la humanidad de la víctima no se encontraron huellas de fluidos seminales; b) El Procesado no tenía en sus genitales tatuajes o lunares.

La Sala no comparte los reproches del recurrente, porque si bien es cierto que en la actuación se estipuló y por ende se dio por probado lo consignado en el informe pericial de biología forense # DROCC-LBIF-0000130-2013 del 24 de julio del 2.013, en el cual se concluyó que en las muestras tomadas a la víctima, mediante un frotis que se le practicó en los muslos, y en una de sus prendas de vestir[[2]](#footnote-2), no se encontraron residuos de espermatozoides o fluidos seminales; también es cierto que tales hallazgos *per se* no desvirtúan lo atestado por la víctima, ya que por el simple y mero hecho de que el Procesado haya acariciado algunas de las partes del cuerpo de menor ofendido con su asta viril, no necesariamente quiere decir, como lo plantea el apelante, que el pedófilo haya tenido que eyacular o expeler líquidos seminales, porque para que no se presentara tal situación, bien pudieron incidir otros factores tales como: a) El poco o escaso tiempo en el que víctima y victimarios estuvieron juntos; b) Que el Procesado por su edad padezca de algún tipo de impotencia, sea esta *coeundi* o *generandi;* c) Que el agresor detente alguna de las condiciones para ser considerado como un azospérmico, etc….

Ahora, respecto a que en el proceso esté demostrado que el encausado en sus genitales no tenía tatuajes o lunares, lo que también fue estipulado por las partes, para la Sala tal peculiar situación en nada le quita ni le pone al grado de credibilidad que merecería lo atestado por la víctima, por la sencilla razón consistente en que lo que al parecer dijo el agraviado por fuera del proceso sobre esos tópicos, en ningún momento se allegó al juicio para que fungiera como testimonio adjunto, pese a que la Defensa, con la anuencia del Juzgador de Instancia, de manera tangencial pretendió abordar dicho tema en su interrogatorios, pero no hizo uso de las prerrogativas que le asistían para impugnar la credibilidad de lo declarado por el testigo al confrontar sus dichos con declaraciones dadas por fuera del proceso.

* Los argumentos esgrimidos por la Defensa para manifestar que los hechos no pudieron haber ocurrido debido a que el menor no presentaba secuelas psicológicas, las que en sentir del apelante siempre se presentan en esta clase de eventos, son revalidados por lo atestado por el perito psicólogo, JORGE OLMEDO CARDONA, quien expuso que no se podía realizar un análisis de ese tipo frente a la ocurrencia del hecho o de su veracidad, con base en las conclusiones consistentes en que el menor presente o no secuelas psicológicas como consecuencia de lo acontecido.
* Por el hecho de que se diga que el Procesado haya tenido un comportamiento intachable y que no se sepa de sus desviaciones o apetencias sexuales hacia los niños, ello *per se* no se erige como razón suficiente para eximirlo de los cargos endilgados en su contra, ya que es probables que un «*intachable»* ciudadano incurra en actos de pedofilia, si se tiene en cuenta que en esa clase de desviaciones del comportamiento sexual, el perpetrador se aprovecha de la intimidad en la que se desarrollan tales eventos, así como la ausencia de miradas indiscretas, o la vulnerabilidad o la excesiva confianza de las víctimas, para de esa forma saciar su libido con ventaja, sobreseguro y bajo el cobijo de un relativo manto de impunidad, lo que obviamente repercute para que terceras personas y la ciudadanía en general no se enteren de esas andanzas.

En resumidas cuentas, considera la Colegiatura que el Juez *A quo* no incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el apelante, y que contrario a los reclamos de la Defensa, el acervo probatorio habido en el proceso si cumplía enteramente a cabalidad con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado GUSTAVO GARCÍA VALENCIA, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Aspecto que le llama poderosamente la atención a la Colegiatura es un yerro en el cual incurrió el *A quo* al momento de la dosificación de la pena que eventualmente la tornaría en ilegal por vulnerar el debido proceso, porque cuando se tasó la pena, el Juez de primer nivel decidió partir de la pena mínima, 9 años de prisión, la cual incrementó en 6 meses más por la violencia desplegada por el sujeto agente para poder perpetrar sus andanzas libidinosas; lo cual para la Sala no es factible por generarse una incongruencia con lo acusado y pedido por la Fiscalía, cuya teoría del caso cabalgó en la hipótesis consistente en que los actos sexuales perpetrados por el Procesado en contra de la víctima se llevaron a cabo de manera consensuada y sin el empleo de la violencia, a pesar de ser cierto que el Procesado quiso mutar tal acontecer al pretender forzar al agraviado a que le practicara una felación, lo cual extrañamente no fue tenido en cuenta por la Fiscalía, ya que de haber procedido como le correspondía, el Ente Acusador se habría dado cuenta que se encontraba ante la presencia de una eventual tentativa de acto sexual violento en concurso con el delito por que acusó al Procesado.

Ante la vulneración del principio de la congruencia, ya que se insiste la Fiscalía no acusó por la presunta comisión de un delito sexual cometido mediante el empleo de la violencia, la Sala procederá a enmendar tal yerro excluyendo los incrementos punitivos de 6 meses pregonados por el *A quo* en contra del Procesado por actuar violentamente, por lo que la pena efectiva a imponer será la de 9 años de prisión, pena esta que también corresponderá a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Siendo así las cosas, la Sala confirmará el fallo opugnado en todo aquello que fue objeto del recurso de alzada, pero lo modificará en lo que atañe con las penas impuestas al Procesado, las cuales corresponderán a 9 años de prisión y a un periodo igual respecto de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR**, en todo aquello que fue objeto del recurso de apelación, el contenido de la sentencia proferida por el Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del 6 de octubre del 2.014, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **GUSTAVO GARCÍA VALENCIA**, por incurrir en la comisión del reato de actos sexuales con menor de 14 años.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el fallo opugnado en todo aquello que corresponde con las penas impuestas al Procesado GUSTAVO GARCÍA VALENCIA, las cuales corresponderán a 9 años de prisión y a un periodo de igual lapso para la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

**TERCERO:** Declarar que contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Nos referimos a la habitación habida en la parte posterior de la tienda, sitio hacia el cual, según versión del menor “B.A.R.A”, el Procesado condujo a la víctima para manosearle sus partes pudendas. [↑](#footnote-ref-1)
2. Un calzoncillo bóxer. [↑](#footnote-ref-2)